Bonfante
L'origine dell'"Hereditas"
e dei "Legata"

PIETRO BONFANTE

# L'origine dell'« Hereditas » e dei « Legata »

## NEL DIRITTO SUCCESSORIO ROMANO

Estratto dal *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano,* a. IV, f. I-II.

ROMA
TIPOGRAFIA DELL'UNIONE COOPERATIVA EDITRICE
Via di Porta Salaria, 23-A

1891

Estratto dal *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, Anno IV, fasc. I.

# L'ORIGINE DELL' « HEREDITAS » E DEI « LEGATA »

## NEL DIRITTO SUCCESSORIO ROMANO

A proposito della regola

**« Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest ».**

SOMMARIO.

1. Idee del prof. Scialoia sull'origine della regola: *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* — Idee somiglianti espresse dall'autore del presente articolo in altri scritti.
2. Carattere della società primitiva — Natura uniforme de' diversi gruppi sociali (presso i Romani: *familia, gens, tribus* romulea, *civitas*) — Duplice corrente donde può derivare il diritto successorio: I. designazione del successore nella sovranità del gruppo; II. donazione dei beni individuali a causa di morte — Esame della prima: sistemi storici per la designazione del successore nel potere sovrano.
3. Nello Stato romano ebbe vigore in ogni epoca un sistema misto, nel quale però il momento caratteristico e perenne è *la designazione fatta dal predecessore.*
4. Tesi: *l'« hereditas » deriva dalla successione originaria nella sovranità entro la familia romana* — Si argomenta dal sistema prevalente di designazione dell'*heres* (designazione fatta dal predecessore o testamento).
5. Si argomenta dal contenuto dell'*hereditas* e dalla sua storica *involuzione* — I *sacra* e la tutela — La *successio in universum jus.*
6. Si argomenta dalla struttura della *hereditas* — Esame dei principî caratteristici: natura e *involuzione* storica.
7. Resultato del presente studio pel concetto dell'*hereditas* nel diritto ultimo.
8. Esame del diritto comparato: il diritto successorio degli altri popoli deriva d'ordinario dalla seconda corrente (donazione de' beni individuali a causa di morte) — Dalla stessa corrente proviene il diritto romano de' legati — Fusione de' legati col testamento.
9. Riscontro della nostra opinione sull'origine de' legati co' resultati dello studio del prof. Fadda.

1. Nella riunione 8 marzo 1890 dell'*Istituto di diritto romano* in Roma, il prof. V. Scialoia fece una dissertazione sulla regola: *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere po-*

*test.* Dopo aver mostrato come nessuna delle opinioni note sia su questo punto soddisfacente, egli viene a proporre una ragione più profonda che spieghi la regola. « I Romani non considerarono mai l'eredità come successione meramente patrimoniale nei singoli beni.... Secondo la costituzione della famiglia romana, nella successione ereditaria si tratta sovratutto del diritto familiare; era la successione nella sovranità domestica. Il nuovo sovrano della famiglia ne assumeva tutti i diritti e ne assumeva il patrimonio. Al governo e alla prosecuzione della famiglia le dodici tavole nella successione *ab intestato* chiamavano il *suus* e nessun altro: *agnati* e *gentiles* sono chiamati in altra forma; essi non mantengono la famiglia, ma l'assorbono. *Heres* in antico doveva significare il *suus* succedente nella sovranità, senza che il carattere patrimoniale avesse molta importanza.... Nominare un *heres* era dunque eleggere il successore nel governo della famiglia; perciò per tanto tempo tutta la validità del testamento dipese dalla parola *heres;* perciò la prevalenza di questa parola sugli stessi rapporti patrimoniali nella *institutio ex re certa,* ecc. L'*heres* eletto dal testatore era adunque parificato al *suus:* e come l'esistenza del *suus,* mantenendo l'indipendenza della famiglia, ne impediva l'assorbimento per parte degli agnati, così pure l'esistenza dell'*heres* testamentario ». [1]

Questa idea trovavasi chiaramente in germe già nell'opinione espressa dal prof. Scialoia nel suo corso di successioni dettato nella Università di Roma l'anno 1886-87 ed io, suo discepolo, ne conservo memoria. « Di questa regola antichissima — diceva il prof. Scialoia — si deve ricercare l'origine nell'antichissimo diritto. Essa, a mio credere, dipende dall'antico

[1] V. *Bullettino,* 1890, a. III, pp. 176-177 (verbali delle riunioni dell'Istituto).

concetto sulla successione universale e si riconnette ad una regola affatto opposta del primitivo diritto. Riducendo la cosa a un paradosso, può dirsi che in tanto *Nemo pro parte* ecc., vale a dire in tanto la successione testamentaria è più forte della intestata e la esclude, in quanto la successione legittima è sino a un certo punto più forte della testamentaria. Infatti che la successione testamentaria sia più forte della legittima è vero quando si arriva all'*agnatus proximus*. Ma prima di questo vi è il *suus*, vero tipo dell'erede *ab intestato*, il cui diritto prevale al diritto dell'erede testamentario o escludendolo o riducendolo.... Solo per mancanza fisica o giuridica (diseredazione) di eredi *sui* si poteva chiamare un estraneo. Dunque l'esservi eredi testamentari esclude bensì il diritto degli eredi *ab intestato;* ma in tanto vi sono eredi testamentari, in quanto non vi sono i principali fra gli eredi *ab intestato*, vale a dire i *sui*. Quando mancano i *sui*, il *paterfamilias* può ottenere che la famiglia perduri chiamando un erede estraneo per testamento, vale a dire attribuendo a questo le qualità di erede domestico.... Ma dati tali concetti di successione radicati nello spirito di tutto un popolo, quando la legge prescrive che *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto,* questa frase significherà precisamente che non si chiama l'agnato, perchè vi sono eredi *sui* o testamentari, vale a dire che quando uno dispone per una quota parte della sua eredità, l'erede istituito ottiene tutta l'eredità; vale a dire che *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* ». [1]

Questa opinione si riconnetteva, com'è detto, a concetti più generali sulla costituzione sociale primitiva e sul posto, che nel diritto primitivo aveva la successione: concetti parimenti già presentati con molta nettezza ed efficacia dal mio maestro nel

[1] *Lez. di dir. rom. litografate*, a. 1886-87, pp. 136-39.

predetto suo corso. E per tal ragione a me, che a codesto argomento della costituzione sociale primitiva dovetti dedicarmi poco dipoi per tentar di risolvere un problema assai vessato della storia del diritto romano, l'origine e il fondamento delle *res mancipi* e *nec mancipi*, e ch'ero stato tratto da siffatti studi a confermare e svolgere le idee del prof. Scialoia, lavorando sulle medesime con quella specie d'inconscienza con cui il discepolo continua l'indirizzo e il pensiero del suo maestro come i figli proseguono lo spirito dei padri, piacque pure quell'idea sull'origine del *Nemo pro parte testatus* ecc., e la feci mia. Io l'ho accennata in una recensione all'opera del prof. Carle *Sulle origini del diritto romano* in questi termini: « Ma l'origine e la ragion vera di un principio così travagliato a noi paiono invece derivar chiaramente dal concetto politico della famiglia. La successione originaria è più che altro successione nella sovranità; quindi sorge naturalmente l'incompatibilità delle due successioni, *perchè l'investito del potere sovrano non può essere designato in due forme diverse,* e sorge la prevalenza della testamentaria che *in origine vi fu, e poi si suppose esservi, solo mancando successori naturali* ». [1]

La recensione non piacque a più d'uno, nè l'illustre autore se ne dimostrò persuaso. Ciò mi fece dubitare un momento se lo sviluppo che io avevo dato a certe idee nel mio libro sulle *Res mancipi* e *nec mancipi* e in quella recensione non fosse stato esagerato e dannoso. Ma vi tornai su nel corso di storia del diritto romano, sott'altro aspetto nel corso di istituzioni di diritto romano, e trovai ben da riformare, perchè ora, ad esempio, *io non ripeterei punto* la spiegazione ch'io dava allora della prevalenza della successione testamentaria: *perchè essa in origine vi fu e poi si suppose* ecc.: come pure trovai

[1] *Bullettino,* vol. I, 1889, p. 249.

da dover completare quei concetti e quegli sviluppi, ma nè da mutarne la sostanza, nè da mitigarli: piuttosto credetti di dovermi spingere più oltre, perchè ogni nuovo argomento e ogni nuovo corollario era una nuova deviazione dalle opinioni correnti.

A ogni modo, se nel mio corso io non posso insegnare se non ciò di cui son persuaso, ero disposto a non risollevare per ora per iscritto tali quistioni dinanzi ad un pubblico più largo. Se non che l'avere il mio maestro fatto di pubblica ragione la sua vecchia idea sulla massima *Nemo pro parte testatus* ecc., conforta me a riprodurre su questo punto, con qualche sviluppo, le mie lezioni. Io spero che svolgimenti e atteggiamenti alquanto diversi non possano che giovare a mettere in luce più completa e favorevole quelle idee; e spero che questi svolgimenti e atteggiamenti nuovi anche valgano ad eliminare talune preoccupazioni nascenti dal diritto comparato.

2. La successione del diritto privato romano è, per mio avviso, un esempio, e il più meraviglioso forse, di tutto un organismo di diritti che ha la sua genesi in una costituzione sociale, in uno stato di cose anteriore e col tramontare di quella costituzione sociale non si cancella, ma impara a servire a tutt'altro scopo, a soddisfare nuovi bisogni, pur mantenendo lungamente intatta la sua costruzione originaria, e lungamente intatti per conseguenza tutti i suoi principî, finchè a poco a poco la nuova funzione li inaridisce, li consuma, li distrugge e coll'andare del tempo trasforma completamente la natura dell'istituto; legge e fenomeno sociale che trova il suo perfetto riscontro nel campo della biologia.[1] Tutta la società primitiva

[1] Alludo al *principio della trasformazione delle funzioni* (*Das Princip des Functionswechsel*) formulato e illustrato dal biologo ANTON DOHRN in un'opera pubblicata a Lipsia nel 1875.

— io dico primitiva, seguendo il linguaggio comune; nelle mie *Res mancipi* e *nec mancipi,* dovendo presentare anche la società veramente primitiva, chiamavo quella medio-evo della umanità — ci offre una serie successiva di gruppi sociali, l'uno al di sopra dell'altro, che si costituiscono, si muovono, vivono come una società moderna organizzata a Stato. I più ristretti gruppi della primitiva stirpe latina erano la *gens* e la *familia,* l'uno rappresentante il primigenio gruppo nazionale, nel quale il capostipite presunto è leggendario o immemorabile; l'altro, il primigenio gruppo familiare. Quest'ultimo doveva originariamente esser costituito da tutto il corpo agnatizio, cioè da tal gruppo nel quale il capostipite presunto è estinto, ma noto, e solo nella prima età romana, non senza un'azione diretta dello Stato, si sciolse nelle *familiae* del tipo romano classico; secondo una induzione che io ritengo tuttavia fermamente e che mi son provato a dimostrar lungamente nello stesso mio libro. [1] A ogni modo l'organismo della *familia,* anche nel tipo romano classico, è tanto distinto da quello della società familiare moderna (la quale ultima non ebbe nome in Roma, perchè non ebbe se non assai tardi e parzialmente una esistenza indipendente dalla *familia* e regolata dalla *civitas*), che il confonder l'una coll'altra reca non soltanto una confusione stupenda nella storia del diritto romano, ma puranco nell'intelligenza dommatica degli istituti romani. Mio padre (supposto che io abbia un padre romano) potrebb'essere un *filiusfamilias* e io, suo figliolo, un *paterfamilias;* mia madre potrebb'esser così straniera affatto alla mia *familia* come parte della medesima quale *filiafamilias* di mio padre o mio nonno, pure essendo sempre nella stessa relazione colla società familiare; il mio figliuolo davvero può essere *filiusfamilias* d'altri. Onde io credo di non aver fatto male

[1] Bonfante, *Res mancipi e nec mancipi.* Roma, 1888-89, vol. II, p. 292-305.

a separar nettamente e recisamente, pur nel mio corso dommatico di Istituzioni, la *familia* dalla società familiare, distinguendo il fondamento, i principî dell'una e dell'altra, i diritti che si riconnettono alla *familia* e quelli che si riconnettono alla società familiare o famiglia nel senso moderno; i quali ultimi sono principî e diritti, che si svolsero via via o per diretta creazione della *civitas* o perchè la *civitas* trasformasse in *jura civilia* i *mores* della *familia,* entro cui viveva per lo innanzi la società familiare. E m'occorse anche di distinguere infine una terza categoria di diritti, che, dapprima connessi colla *familia,* a grado a grado vennero ad esser ricollegati, per servire a tutt'altro scopo, all'organismo della società familiare: trasformando anch'essi via via la genuina originaria struttura per effetto della nuova funzione assunta. Tali l'istituto della tutela, dell'adozione e il nostro diritto di successione.

Ora nello stato sociale primitivo noi troviamo due istituzioni, che potrebbero essere entrambe il germe del diritto successorio, e sono le seguenti:

I. Il trapasso dei beni individuali, cioè de' beni che non costituiscono la proprietà sociale del gruppo, da un individuo defunto, sia il signore, sia un membro qualunque del gruppo, ne' suoi discendenti o l'assegno ch'egli ne faccia ai medesimi o anche a' suoi amici; poichè suol essere libero di disporre di beni individuali a favore di estranei, anche in un momento anteriore, veramente primitivo.

II. Il trapasso della sovranità, con tutte le sue funzioni connesse, da un signore del gruppo in un nuovo signore, e, in caso di estinzione del gruppo, l'assorbimento di ciò che rimane oltre alle persone in un altro gruppo.

Da quale di queste due correnti ebbe origine il diritto successorio romano? Ecco il problema molto semplicemente posto, poichè a questo bivio non si sfugge.

Prima di esprimere la nostra opinione e dimostrarla, esaminiamo la figura in apparenza più remota dal diritto odierno di successione, cioè la seconda, il trapasso della sovranità. Come si attua questo trapasso, quali sono le primarie forme di designazione del sovrano?

L'esame dei fatti ci mostra le seguenti:

I. Quella che può dirsi la *designazione naturale*. È sovrano colui che alla morte del predecessore si trova ad essere ascendente maggiore, ovvero il primogenito ne' gruppi agnatizi, ovvero, ne' gruppi più vasti, il primogenito di un gruppo minore.

II. La *designazione elettiva* in vari modi. Per esempio i membri del gruppo o un'assemblea composta dei singoli capi de' gruppi che compongono un'agglomerazione maggiore si eleggono il sovrano.

III. La designazione fatta dal precedente sovrano e *designazione del predecessore*. Ne' popoli orientali questa designazione assume la forma sacra della *benedizione solenne*.

Abbiamo poi le combinazioni delle forme precedenti. — I. Combinazione *della designazione naturale colla designazione elettiva*. Il sovrano viene eletto, ma eletto tra i membri di un dato gruppo. — II. Combinazione *della designazione fatta dal predecessore colla designazione elettiva*. Il sovrano è designato dal predecessore, ma eletto dai membri del gruppo, con prevalenza o importanza effettiva dell'un momento o dell'altro, secondo i casi. — III. Combinazione *della designazione fatta dal predecessore colla designazione naturale*. Il sovrano è designato dal predecessore, ma tra i membri di un dato gruppo.

Riferire esempi di tutti questi varî sistemi nelle diverse società primitive è inutile. Essi si alternano, si scambiano e trovasi di preferenza l'uno presso tal popolo, l'altro presso tal altro popolo, come pure qualche popolo ondeggia lungamente prima di trovare il suo. E trovansi (cosa ben naturale per noi)

gli stessi sistemi e gli stessi ondeggiamenti e la stessa storia pur oggi nelle successioni dei sovrani; anzi le forme della designazione del sovrano sono un criterio per distinguere le forme degli Stati, e, prendendo le cose all'ingrosso, la designazione naturale pura si contrappone alla pura designazione elettiva come fonte l'una della monarchia, l'altra della repubblica, secondo i concetti essenzialmente moderni di queste parole.

3. A quale di questi varî sistemi per la designazione del sovrano si dava la preferenza nella società romana? Intanto per la *civitas,* la suprema agglomerazione sociale che costituì poi lo Stato romano, la cosa è abbastanza chiara, per quanto solamente studiosi moderni del diritto pubblico romano l'abbiano messa in luce o piuttosto l'abbiano formulata potentemente. Lo Stato romano in tutte le varie sue fasi non fu mai veramente nè monarchia nè repubblica nel senso moderno. Non fu mai in vigore in modo assoluto presso i Romani nè il sistema della designazione elettiva, nè il sistema della designazione naturale. Il tipo romano è invece uno de' tipi combinati, nel quale però il momento caratteristico e perenne è la designazione fatta dal predecessore. Così nella monarchia la designazione fatta dal predecessore — *rex* o *interrex* — si combina con certe forme di elezione e investitura popolare e coll'*auctoritas patrum.* Così pure nella repubblica è bensì il popolo che elegge il magistrato, ma è pur sempre il predecessore che lo designa all'elezione popolare; nè questa designazione si ridusse a una mera forma giammai. Anzi in talune magistrature l'elezione non entra per niente, è la designazione del predecessore, che investe *ipso jure* il nuovo magistrato: valga un esempio per tutti, il dittatore eletto dal console. E pel contrasto del momento elettivo colla designazione fatta dal predecessore si ricordino le leggi, che resero elettivi il collegio tribunizio, i collegi sacerdotali, i que-

stori, i tribuni militari e le sporadiche elezioni dei dittatori. Ma di nuovo la designazione fatta dal predecessore, che s'era indebolita nella seconda èra repubblicana, ripiglia vigore nell'età imperiale. L'imperatore è principalmente designato dal suo predecessore: segue poi la conferma del Senato. In tutta la storia dell'impero — ove si lascino da parte le usurpazioni per vero abbastanza frequenti dei pretoriani e delle milizie — questa tradizione giuridica non è mai smentita. Essa è continuata, anche dopo la caduta dell'impero occidentale, nel tanto obliato e denigrato impero bizantino. Che più? Anche nelle tumultuarie proclamazioni fatte dai pretoriani o dalle milizie, anche in quelle che seguono l'assassinio dell'imperatore, i soldati e persino i cospiratori bene spesso si attengono o spargono di attenersi alla designazione fatta dall'ucciso negli ultimi istanti. Dinastie propriamente dette non ve n'è forse una sola, almeno in tutto l'impero occidentale, perchè nessun imperatore ebbe il proprio titolo dall'esser figlio o parente del suo predecessore; ben altro, la coscienza del proprio diritto di designazione e anche del proprio dovere, porta spesso costui a designare uno straniero al suo sangue; onde spesso il lettore suppone di assistere alla fine naturale di una dinastia, nè mancano le meraviglie di vederne in seguito ricordato qualche diretto rampollo e assunto alla porpora. [1]

[1] Per spiegarsi la cosa e per confondere le idee gli storici chiamano queste designazioni imperiali col nome di adozioni, trascinati puranco dal linguaggio improprio degli scrittori romani non giureconsulti. Non sarà male pertanto di ricordare che queste pretese adozioni non furono mai vere adozioni, cioè non si osservarono *mai* le forme legali dell'adozione nè sempre le condizioni sostanziali della stessa. Il preteso figlio adottivo può essere il fratello dell'imperatore — per esempio Lucio Vero, che per giunta aveva qualche anno più di Marco Aurelio e veniva sempre detto suo fratello (*Divi fratres*) — ed è sovente quasi coetaneo e talora assai più vecchio del preteso padre adottivo — esempio: Claudio il Gotico designato da Gallieno morente. — Nè si rispettarono meglio le conseguenze giu-

Lo Stato romano adunque, la *civitas,* ossia il diritto pubblico di Roma, mostrò sempre una prevalente simpatia per la designazione fatta dal predecessore.

Sorge spontanea l'idea che il sistema prevalente entro i gruppi minori, che avevano in fondo la stessa natura della *civitas,* non si allontanasse molto dal sistema della *civitas.* Ma noi possiamo prescindere dall'esaminare le probabilità di questa induzione ne' gruppi ch'erano al disopra della *familia,* i quali, per essere stati sopraffatti ed esauriti dall'assorgere vigoroso della *civitas* romana sin dalla prima epoca, non fanno più al caso nostro. Fermiamoci invece al tipo della *familia* classica, *proprio jure.*

4. La *familia* è l'unico gruppo che perpetui nella progredita società romana l'immagine di quegli organismi primitivi, conservando in larga misura l'organizzazione e le funzioni di quelli, cioè tale organizzazione e tali funzioni che hanno perfetto riscontro colle civili e verranno infatti logorate o usurpate dalla *civitas.* Come tale essa ha un sovrano, il *paterfamilias* o signore della *familia.* Questo sovrano deve avere un succes-

ridiche dell'adozione: codesti figli adottivi sposano, come già Servio Tullio, la figlia del preteso padre loro — così fece ad esempio lo stesso Marco Aurelio — conservano il loro patrimonio e non ereditano quello dell'adottante.

Perciò già Cujacio (*Obserr.* VII, 1, 7) negava recisamente a questi atti il carattere di adozioni vere e proprie. Altri, come il Cannegieter (*Obserr. juris rom.* II, 20, p. 221-225) vollero giustificarle, ma senza preoccuparsi della mancanza di requisiti e delle forme essenziali. Se pure si vogliano chiamare adozioni speciali o adozioni di diritto pubblico, come usano anche taluni illustri pubblicisti, per esempio il Bluntschli, non si risolve già la questione, ma si fa uso di uno spediente adatto a mantenere la stessa confusione d'idee.

Analoga è la confusione che, a parer mio, fanno gli studiosi delle cose primitive tra l'adozione e il testamento. Contro di che vedi lo stesso mio scritto *Res mancipi,* vol. II, p. 322, nota.

sore, cioè mutarsi via via. Chi è? come si chiama questo successore nella *manus* o *potestas,* cioè nella somma di poteri corrispondenti alle funzioni della *familia?* Nella *familia* classica, alla morte del *paterfamilias,* ciascuno de' *sui* più prossimi diventa un sovrano « singuli singulas familias habent »: soltanto il *paterfamilias* può costituire un solo tra' *sui* o un estraneo *heres* nel patrimonio. Ma nell'età primitiva, quando il gruppo agnatizio era ancora in piedi, successore nella sovranità non doveva essere altri che l'*heres.* Prescindendo in questo scritto dalla dimostrazione dell'esistenza del gruppo agnatizio, vediamo se il modo generale di designazione dell'*heres* anche nel diritto classico, se il contenuto, specialmente il più antico contenuto dell'*hereditas,* se infine i principî che regolano l'*hereditas* nel diritto romano ci permettano di concludere che l'*hereditas* primitiva non avesse altro scopo che quello di operare il trapasso della sovranità.

E dapprima il modo di designazione. Questo *heres* nel diritto storico è il più immediato discendente del *paterfamilias* — gli *agnati* e *gentiles* non sono detti *heredes* nelle XII Tavole — o una persona designata dal *paterfamilias,* come avviene col testamento. Ma quest'ultimo sistema è assolutamente in prima linea nella società romana, e più si torna indietro più si ritrova profondamente radicato, forte, assoluto: coloro che vi esistono inventano di sana pianta per amor del diritto comparato male inteso. Adunque, come nella *civitas,* così anche nella *familia* sarebbe la designazione fatta dal predecessore il sistema originario prevalente per la designazione del sovrano succedente; e ciò è già grave argomento a ritenere che l'*heres* non fosse che il successore del *paterfamilias,* come tale il nuovo signore della *familia.*

5. Appresso: che cosa conferisce questa successione all'*heres* nel diritto storico? Ecco l'indagine circa il contenuto della *he-*

*reditas,* donde si potrebbe arguire in via diretta, se qualche elemento ce ne porge il modo, la funzione originaria. Certo in prima linea viene il contenuto patrimoniale: lo scopo più appariscente è il trapasso del patrimonio: al quale, in fondo, viene a restringersi quasi tutto il diritto privato. Ma noi siamo troppo avvezzi alla patrimonialità, perchè si possa scorgere d'un tratto come tutti gli altri elementi della successione ereditaria dovevano nel diritto più antico avere una molto maggiore importanza, un valore non solo formalmente, ma anche praticamente essenziale e ben più essenziale del patrimonio. Anche nel diritto storico l'erede succede pure ne' *sacra* della *familia:* ora i *sacra* appunto, il culto religioso, sono un elemento grave di tutti quegli organismi primitivi, una funzione della quale è investito il signore del gruppo, come in tutte le società politiche dell'evo antico, nelle quali l'elemento religioso è parte integrante del diritto pubblico e uffizio civile il sacerdozio. E se il culto familiare è diventato un peso al tempo di Cicerone, ciò è tanto più degno di pensiero, giacchè è evidente che l'*hereditas* si trae dietro con questo peso il *caput mortuum* d'un antichissimo passato. Sono questi ruderi, i quali ingombrano e fastidiscono l'ambiente sociale d'un'altra età, che ci permettono di ricostruire l'immagine di quell'antichissimo passato, come il biologo dai rudimenti di un organo indovina la primitiva funzione di questo. E notevole argomento è anche lo sforzo faticoso de' pontefici, i quali, per evitare nel nuovo ordine di cose la caduta de' *sacra* tentano a grado a grado di riaccostarli alla *pecunia,* attribuendone in via sussidiaria il peso anche ai legatari e ad altre persone che si avvantaggino del patrimonio del defunto: fenomeno pieno di ammaestramento, di cui si può seguire lo sviluppo dalla teoria ancor timida e imperfetta degli *antiqui pontifices* a quella più decisa e minuziosamente elaborata di Scevola e de' contemporanei di Cicerone.

E nondimeno anche al tempo di Cicerone e nella dottrina di Scevola si ripete sempre in proposito: *Heredum causa justissima est.* [1]

Vero è che l'*heres* nel diritto classico non è investito della *manus* o *potestas* su tutti i membri che costituivano la *familia* del defunto. Pure a ogni modo egli è o diviene un *paterfamilias;* egli è, vale a dire, capo di una *familia* o diventa capo di un gruppo già dipendente dal defunto e parte della *familia* di questo e ora *familia* a sè. E se l'*heres* non succede nella

[1] Intorno ai *sacra* e al loro rapporto col diritto successorio sono fondamentali i passi celebri di CICERONE, *De legibus,* l. II, c. XIX-XXI, §§ 47-54. Ivi si descrive a larghi tratti tutta l'evoluzione de' *sacra* ereditari, e la dottrina de' pontefici tendenti a svolgere sempre più il nuovo principio, ch'era un loro portato esclusivamente (§ 52: « *sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt* » e similmente al § 50), il peso molesto ch'essi erano ormai per gli eredi e la reazione dei giureconsulti contro i pontefici.

Su questi passi e in genere sulla materia de' *sacra* in connessione al diritto successorio, la ricerca storico-giuridica si è largamente esercitata. Se n'occupò in modo speciale il SAVIGNY (*Verm. Schriften,* Berlin, 1850, vol. I, pp. 151-199): e recentemente il BURCKHARD (*Zeischrift der Sav. Stift.* IX, 3, pp. 286-330). Ma coi concetti volgari del diritto ereditario romano lo spirito dell'istituzione è incomprensibile e manca pertanto una guida per intenderne rettamente la natura e l'evoluzione.

Colui che meglio d'ogni altro ha avvertito il punto vero della questione è forse il LASSALLE, il quale, nel II volume della sua potentissima opera *System der erworbenen Rechte* (Leipzig, 1880), intitolato *Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwickelung,* ma consacrato quasi per intero al diritto romano, dedica due capitoli (pp. 26-48) ai *sacra* e ai passi di Cicerone che vi si riferiscono; dichiarando che trattasi di questione oscura e finora inesplicata, secondo le teorie comuni. La spiegazione ch'egli ne dà si riconnette ai concetti generali, ch'egli svolge in tutto il volume circa il fondamento della successione romana. Il Lassalle avverte sin dal principio (p. 6) in forma generale che niente ha più oscurato la retta intelligenza del diritto romano come l'aver sempre l'occhio alla figura delle istituzioni nel diritto giustinianeo, la quale è soltanto il risultato ultimo di un lungo sviluppo storico: il modo poi col quale tratta l'eredità fa manifesto che quelle parole in lui sono un pensiero, non già una frase banale. Secondo il Lassalle, il concetto fondamentale dell'eredità nel *jus civile* romano è

*potestas* su tutti quanti i membri costituenti la *familia* del defunto, di questo è causa la scissione del gruppo agnatizio, che fa indipendenti le *familiae* singole terminate a un capostipite vero o presunto: scissione della quale abbiamo nel nostro libro mostrato le cause. Quando il gruppo agnatizio era ancora in piedi, allora l'*heres* doveva essere investito anche della *manus* sugli altri membri del gruppo; la quasi totale assenza di ogni memoria della primogenitura, ch'è il modo comune della designazione naturale del sovrano nel gruppo agnatizio, si spiega

la perpetuazione del volere subbiettivo del defunto nell'erede e niente affatto l'idea di attuare un trapasso patrimoniale qualsiasi a causa di morte: tutta la base dell'eredità è la finzione che l'erede continui la volontà subbiettiva del defunto. Ma l'eredità subì a grado a grado una radicale trasformazione, la quale avrebbe veramente conferito alla medesima carattere patrimoniale; e questo nuovo carattere patrimoniale dell'eredità le sarebbe venuto da una lunga e faticosa lotta tra la volontà subbiettiva dell'ereditando e quella dell'erede. I *sacra* erano appunto un elemento della eredità secondo l'antico concetto; il ricongiungersi dei *sacra* via via più alla *pecunia* avvenne anch'esso in conseguenza di quella trasformazione dell'eredità.

Certamente noi non conveniamo col Lassalle nè circa il fondamento della eredità nell'antico diritto romano nè circa le cause della sua trasformazione. L'idea del Lassalle si può riconnettere alle formule, colle quali una numerosa schiera di scrittori si rappresenta la singolar natura della *hereditas*, cercando di conciliare la disarmonia che esiste tra la struttura e la funzione sociale con dire ch'essa è la successione nella personalità economica o patrimoniale del defunto. Il Lassalle ne separa assolutamente il lato patrimoniale per l'antico diritto; ma quel che vi sostituisce pel bisogno di concretare in qualche cosa lo scopo dell'istituto è una vuota astrazione, cioè peggio che niente.

Cionondimeno il Lassalle è pur l'unico che abbia risolutamente staccato l'eredità dal patrimonio, e questo momento negativo, il quale di per sè pare non debba condurre a niente, gli fa molto rettamente intuire la natura dello sviluppo storico dell'*hereditas* anche in rapporto ai *sacra*, e dovrebbe anche pel concetto nuovo dell'*hereditas* tenersi presente, giacchè, a causa della struttura della *hereditas*, lo scopo patrimoniale non è raggiunto se non indirettamente. Se non che per taluna o talune delle tante cose, come diceva il Manzoni, da cui dipende la fortuna degli scritti, l'opera del grande socialista tedesco non è niente considerata dai romanisti.

e si concilia colla prevalenza assoluta che ha nella società romana il sistema della designazione fatta dal predecessore. Del resto, di tale potestà dell'*heres* si conserva ancora nel diritto storico un pallido residuo, la tutela delle donne e degli impuberi. Come i *sacra*, essa pure costituisce un peso nel nuovo diritto — *onus tutelae* —; ma è troppo provato che il carattere della tutela era ben diverso nell'antica età. Essa costituiva allora un vero diritto e una potestà dell'investito — e nella tutela muliebre, massime agnatizia, non si può nemmeno nel diritto classico dissimulare questa vecchia natura — ed era poi di tal vigore da assomigliare alla *manus*, come vien detta talora (Liv. 34, 2: *in manu parentum, fratrum, virorum*). Il nuovo carattere della tutela, ma in una la sua perdurante connessione colla *hereditas*, è espresso in un noto adagio: *Ubi emolumentum hereditatis, ibi et onus tutelae*.

Se non che lo stesso contenuto patrimoniale, per chi non voglia assolutamente lasciar sopraffare il giudizio dalla corrente delle idee tradizionali, non solo offre materia di dubitar seriamente che l'*hereditas* sia nata colla funzione di trapasso patrimoniale, ma può ben fornire direttamente una nuova serie di argomenti positivi per la nostra tesi.

Si sa che l'*hereditas* opera il passaggio a un altro subbietto di tutti i rapporti patrimoniali connessi a un subbietto, [1] che nel caso è il defunto: il che si esprime dicendo che opera una *successio in universum jus (defuncti)*. Come si effettui questa *successio in universum jus* non è il momento d'intrattenersene. Per quel che concerne la funzione, dobbiamo ora esaminare se cotesta ampiezza del contenuto della *hereditas* sia compatibile colla natura di tutti i diritti patrimoniali. Ora questo non è. Anche nel campo de' diritti patrimoniali ve n'ha di quelli che

[1] Salvo poche eccezioni.

non potrebbero in niun modo essere trasmessi o che almeno non potrebbero essere trasmessi a una data persona, la quale, si dice, non ha il commercio di quei diritti. Così principalmente le azioni in genere e le obbligazioni. Nemmeno nel diritto romano più tardo ed evoluto è concepibile un trapasso patrimoniale nelle obbligazioni, e se praticamente si giunse a conseguire in parte un simile risultato, vi si giunse solo per via di spedienti, vi si giunse non troppo per tempo e lentamente svincolandosi, sempre senza voler parere, dalle torte conseguenze, a cui la natura dello spediente forzosamente traeva. Che anzi la figura adoperata può fornire una similitudine con ciò che sosteniamo della *hereditas;* soltanto relativamente a quella si hanno dati troppo certi perchè si possa dubitare un momento che il *procurator* e il *cognitor* non son nati davvero come modi per operare una trasmissione delle obbligazioni.

Per vero la risposta all'obbiezione sembra a prima vista chiara: ebbene, quando si trasferisce tutto il complesso de' diritti patrimoniali connessi a un subbietto, passano anche quelli che isolatamente non si potrebbero trasferire. Lo dicono gli stessi romani: *Quaedam per universitatem transeunt quae non possunt sola alienari.*[1] Certo la questione sarebbe con questo semplicemente spostata. Si potrebbe sempre domandare: Perchè il trasferimento di un complesso di rapporti patrimoniali ha questo diverso effetto dal trasferimento di rapporti patrimoniali isolati? Ma non si può negare che per ciò che dobbiamo inferire pel nostro argomento da questa ampiezza dell'*hereditas,* non ci gioverebbe molto proseguire l'indagine; perchè la spiegazione a ogni modo non potrebbe uscire dalla sfera de' rapporti patrimoniali.

Se non che quella risposta non sarebbe che un facile equi-

[1] PAULUS fr. 62 D. *de acq. rer. dom.* 41, 1.

voco e quasi un giuoco di parole: vizio in cui molto facilmente si cade nelle nostre materie. Non è vero che il trapasso di diritti non trasmissibili isolatamente sia un effetto della trasmissione di tutto il patrimonio. La parola di un giureconsulto romano non si può isolare da tutto il sistema e dallo spirito del diritto romano: ora nel sistema del diritto romano è permesso asserire che il trasferimento di tutto il patrimonio abbia conseguenze diverse dal trasferimento di singoli rapporti patrimoniali? che rapporti non trasmissibili isolatamente o rapporti, che solo per via di spedienti indiretti si pervenne a trasmettere, potessero senz'altro passare o passare direttamente, quando si trasferiva l'intero patrimonio? Era possibile in questo senso, con questo effetto, vendere o donare l'intero patrimonio? era possibile alla donna di costituire così semplicemente tutto il suo patrimonio in dote? o al socio di conferirlo nella società? o al *filiusfamilias* di alienare così il suo peculio castrense? o al padrone di rilasciare così allo schiavo nell'atto della manumissione tutti i beni che costituivano il peculio di questo? infine, soggiungiamolo pure, era possibile all'erede di vendere o donare tutto il patrimonio ereditario dopo l'adizione?

A questa domanda o a tutte queste domande la risposta è in principio assolutamente negativa. La trasmissione di un complesso patrimoniale si attua solo mediante la trasmissione de' singoli diritti, ne' modi e nella misura in cui questi si debbono e si possono trasmettere.

Colui che vende o dona attualmente o costituisce in dote o conferisce tutto il suo patrimonio o aliena il suo peculio, se *filiusfamilias*, o vuol gratificarlo allo schiavo che manomette, deve per trasferire la proprietà o i singoli diritti sulle cose adoperare le forme della *mancipatio* o della *in jure cessio* o della *traditio;* per il trasferimento delle azioni e dei crediti, quando ciò fu possibile, deve ricorrere alla cessione delle azioni, costi-

tuendo l'acquirente *cognitor* o *procurator in rem suam,* e per il trasferimento de' debiti, quando si volesse operare anche questo, allo spediente della *delegatio;*[1] ovvero — e questo era lo spediente un tempo (*olim:* GAJ. II, 252) necessario — per quel che non si poteva trasferire immediatamente, come le azioni e le obbligazioni, si interponevano tra le parti delle mutue stipulazioni: da parte dell'acquirente per la trasmissione futura del valore patrimoniale che non poteva conseguire sul momento, da parte del trasmittente per la garentia o per l'indennizzo in ordine al pagamento dei debiti.[2] Certi diritti poi, che passano nella *hereditas,* restano pur sempre esclusi.[3]

Solo a grado a grado e quasi a stento si concessero pei casi più importanti delle facilitazioni. Così nella *bonorum venditio* come esecuzione sui beni del debitore, il pretore che la introdusse provvide alla trasmissione delle azioni al *bonorum emptor* con uno spediente analogo a quello donde scaturì l'istituto della cessione delle obbligazioni, cioè conservando intatta l'*intentio* in nome dell'antico padrone, ma convertendo la *condemnatio* a favore del *bonorum emptor (actio Rutiliana):* in processo di tempo si venne a concedere al *bonorum emptor* le azioni utili, fingendo ch'e' fosse erede *(actio Serviana);*[4] con che venne ad assimilarsi al *bonorum possessor.*

Similmente nel caso della *venditio nummo uno* eseguita per

[1] Cfr. FRAGM. VAT. § 363; COD. HERMOG. VII, ed. Haenel (si trova interpolato nella c. 11 Cod. Iust. *de donat.* 8, 53); COD. HERM. VII, 2; Fr. 42 D. *De don. mortis causa* 39, 6; c. 2 Cod. *De cond. ob turp. caus.* 4, 6; c. 15 Cod. *De don.* 8, 53 (legge interessante per il sospetto del donatario di esser responsabile de' debiti come un erede): Fr. 72 pr. Dig. *De jure dotium* 23, 7 (relativo alla dote); Fr. 53 *De pec.* 15, 1 (relativo al peculio rilasciato allo schiavo nell'atto della manumissione).

[2] Arg. GAJ. *Inst.* II, 252.

[3] Il diritto sui *loca religiosa,* sul fondo dotale o su cose di cui taluno non abbia il commercio.

[4] GAJ. *Inst.* IV, 35.

la trasmissione del patrimonio dall'erede fiduciario al fedecommissario tutta l'antica macchina di spedienti fu tardi eliminata dal senatoconsulto Trebelliano sotto Nerone: in conseguenza del quale senatoconsulto anche in questo istituto le antiche *cautiones* scomparvero, dacchè il pretore proponeva e concedeva le azioni utili a favore e contro il fedecommissario *quasi heredi et in heredem.* [1] Qualche facilitazione singolare la troviamo anche nella *societas omnium bonorum:* le cose per cui è necessaria la *traditio* s'intendono conferite anche se questa effettivamente non ha luogo. [2]

Quanto alle donazioni universali non c'è da parlare di facilitazione per diritto classico, come non ce n'è da parlare per le donazioni singolari: per le une e per le altre valevano gli stessi modi e gli stessi aggravamenti, tra cui la necessità assoluta della *mancipatio* e della *traditio* per la perfezione della donazione. Soltanto per questo riguardo Giustiniano rese le donazioni universali più lievi di quello che fossero nel diritto anteriore, riconoscendo al donatario, in base al mero contratto obbligatorio, il diritto alla tradizione, vale a dire al trasferimento effettivo delle cose promesse, cioè riconoscendo perfetta la donazione in base al contratto obbligatorio. D'altra parte quell'aggravamento richiesto per la perfezione della donazione fu tolto via da Giustiniano anche per le donazioni singolari; e in genere il contratto di donazione venne per questo rispetto assimilato al contratto di vendita. [3]

Quanto alla cessione dell'eredità dopo l'adizione, era invero permesso di farla nel diritto classico mediante la *in jure cessio.* Ma in sostanza mediante questo atto che cosa passava all'acqui-

[1] GAJ. *Inst.* II, 253.

[2] L. 1 § 1 D. *Pro soc.* 17, 2.

[3] C. 35 Cod. *De donat.* 8, 54 (delle donazioni universali si parla al § 4). Cfr. pure § 2 Inst. *De donat.* II, 7.

rente? I *corpora hereditatis,* cioè tutti gli oggetti che mediante la *in jure cessio,* forma generale di alienazione delle cose nel diritto classico, potevano essere trasmessi e passano appunto come se gli venissero trasmessi singolarmente: *proinde ac si ei singula in jure cessa fuissent.* Ma pei debiti riman sempre obbligato l'erede e i crediti periscono. [1]

In conclusione: non per il fatto che si trasferisce complessivamente il patrimonio da un subbietto a un altro, avviene che trapassino *ab antiquo* direttamente rapporti patrimoniali intrasmissibili o trasmissibili solo in processo di tempo e per via di spedienti indiretti; perchè il trasferimento di singoli rapporti patrimoniali o di tutto il complesso dei rapporti patrimoniali congiunti a un subbietto non avevano modi e limiti diversi tra loro; e ben poche e lievi facilitazioni in ordine ai modi sono state concesse in tempi abbastanza tardi, cedendo alle necessità pratiche, per certi casi di trapassi universali.

Se adunque nel caso della *hereditas* e in pochi altri istituti il trasferimento dell'insieme de' rapporti patrimoniali comprende *ab antiquo* il trapasso diretto anche di rapporti in principio intrasmissibili, questa singolarità non può trovare la sua spiegazione se non nella speciale natura della *hereditas* e di quei pochi altri istituti. Quando pertanto i romani dicono di taluni diritti, i quali non possono singolarmente esser trasmessi, ch'essi passano tuttavia *per universitatem,* non intendono il passaggio di quei diritti come una conseguenza del fatto che tutto un patrimonio si voglia trasmettere, ma come un effetto particolare di quei casi in cui il passaggio di tutto un patrimonio aveva luogo direttamente e nel modo più ampio, comprendendovisi anche le cose inalienabili, come il fondo dotale e i luoghi

[1] GAJ. *Inst.* II, 34-37. Tracce nel diritto giustinianeo: PAPINIANUS, Fr. 28 D. *De donat.* 39, 5.

religiosi, e le cose di cui taluno non abbia il commercio: che sono appunto tutti gli oggetti cui si riferisce Paolo e il primo è ricordato espressamente.

Eran quelli i soli casi in cui aveva luogo da tempo immemorabile il trapasso completo o quasi completo de' diritti patrimoniali connessi a un subbietto, cioè una vera *successio in universum jus* in proprio senso; cosicchè quando in processo di tempo si potè operare, sia pure con mezzi indiretti, un trapasso quasi eguale del patrimonio, il titolo di *successio in universum jus* o successione universale restò quasi per antonomasia a quelle sole figure e fu tratto inconscientemente a significare il modo singolarissimo con cui si operava in quei pochi casi la successione in tutto il patrimonio, a denotare insomma la struttura della *successio in universum jus*.

Ma la ragione per cui il trapasso del patrimonio avvenga in quei pochi casi con una maggiore ampiezza fin nel diritto romano più tardo ed avvenga *ipso jure,* la ragione in altri termini per cui la *successio in universum jus* non è considerata come un istituto per sè stante, ma è congiunta necessariamente ad altri istituti, i romani non la dicono. Ora questa ragione in che cosa risiede adunque? Forse nel fatto che l'*hereditas* deve operare una successione ne' beni di una persona defunta? Si potrebbe rispondere — e anche si risponde apertamente — così, se non vi fossero altri istituti, in cui si attua pure lo stesso passaggio, cioè una vera e tipica *successio in universum jus*. L'esistenza di questi altri istituti con effetto patrimoniale analogo alla *hereditas,* che parrebbe contraddire alla nostra tesi, n'è invece il più saldo appoggio. Si suol bensì parlare per questi casi di un progresso ulteriore in base alla finzione di eredità [1] o in genere di una assimilazione all'eredità. [2] Ma se

[1] Cfr. Mühlenbruch, *Pand.* Halle, 1840, vol. III, § 609, 612, pp. 190, 194.
[2] Savigny, *System,* vol. III, pp. 16-17 (trad. it. Scialoja, *ibid.*). Il ragio-

tali supposizioni son ragionevoli e in parte giustificate per le facilitazioni concesse in taluni degli istituti già ricordati, in cui si giunse a operare il trapasso dell'*universitas* per via di azioni utili e simili spedienti, sono affatto campate in aria per quegli istituti, in cui si attua una vera *successio in universum jus*. Qui non v'è traccia nè di finzioni nè di assimilazione; e sarebbe strano assai che in questi casi si fosse raggiunta così per tempo e compiutamente una meta, a cui per tanti altri casi, come s'è visto, nonostante gli sforzi di una lunga legislazione, non si giunse nemmeno dappresso ne' tempi più tardi.

Ragionando invece senza preoccupazioni vien troppo facilmente di pensare che la ragione di quel passaggio doveva risiedere in qualche cosa di comune alla *hereditas* e a quegli altri rapporti in cui si attua una vera *successio in universum jus*. Vediamo dunque. Gli istituti tipici a cui nel diritto romano andava congiunta una vera *successio in universum jus* erano, oltre all'*hereditas,* [1] i seguenti: I. L'*adrogatio;* - II. La *in manum conventio;* - III. La riduzione in servitù (per es. *ex senatusconsulto Claudiano* o la *revocatio in servitutem propter ingratitudinem*).

namento del Savigny che naturalmente parla di assimilazione all'*hereditas* anche per la *successio* dell'arrogante ne' beni dell'arrogato e simili casi, è fondato su ciò che dice l'Hasse in un articolo sulle *Universitates iuris et rerum* pubblicato nell'*Archiv für die civ. Prax.* V, 1. Ma il Savigny stesso confessa che nella ricerca perchè i romani abbiano considerato come successioni universali solo quei casi, l'Hasse « procede forse qua e là un poco sottilmente » e che in fin de' conti « i limiti di questa applicazione potevano talora avere in sè qualche cosa di casuale ».

[1] Alla *hereditas* si può veramente ricongiungere l'istituto pretorio della *bonorum possessio,* ch'è in sostanza ricalcato sulla *hereditas* e, se si vuole, anche la *bonorum venditio* nell'ultimo suo stadio. Similmente si operò una vera assimilazione, ma in epoche assai tarde per altri istituti che si richiamano molto facilmente alla *hereditas:* così l'eredità fedecommessa dopo il senatoconsulto Trebelliano, la successione del Fisco ne' beni vacanti, la successione ne' *bona ereptoria* e l'*addictio bonorum libertatum conservandarum causa*. Sempre però con mezzi utili.

Ora, prescindendo dalla *hereditas*, che cosa v'è di comune in tutti questi istituti? Ciascun d'essi è diretto non all'acquisto del patrimonio, bensì all'acquisto della potestà sovrana del *paterfamilias*, distinta nel diritto classico ne' suoi tre aspetti di *manus*, *patria potestas* e *dominica potestas*, ma una sola nel diritto antico: la *manus* o *potestas* in generale. L'acquisto del patrimonio è una conseguenza dell'acquisto di questa potestà sovrana; ma mentre esso è una mera conseguenza, nè l'atto è diretto a quello scopo, esso è d'altra parte una conseguenza necessaria nè il patrimonio si può acquistare altrimenti che, per così dire, in blocco.

Fa ora mestieri di più parole per venire alla conclusione che dallo stesso motivo doveva procedere in origine il passaggio di tutto il patrimonio mediante la *hereditas*? che l'*hereditas* doveva operare in origine il passaggio del governo familiare, della *manus* o *potestas*, e solo come conseguenza ed elemento oggettivo il trapasso del patrimonio? [1, 2]

[1] Ho preso le mosse in quest'argomentazione dai rapporti giuridici de' quali si sa certamente che nell'antico diritto non si potevano trasmettere e in processo di tempo trapassarono solo per via di rimedi indiretti. Ma si può ben andare più in là; ed è per me affatto persuasiva la bella intuizione del JHERING (*Esprit du droit rom.*, vol. III, pp. 128-130), che nell'antica età nessun diritto si potesse trasmettere, all'infuori della proprietà, perchè questa si confondeva colla cosa: in altri termini, si conosceva il trasferimento della cosa, ma non si conosceva nè si concepiva il trasferimento de' diritti, cioè la vera successione giuridica.

Dato questo, come si vede, la *successio in universum jus* sarebbe stata l'unica forma possibile, appunto perchè non operava una trasmissione patrimoniale.

[2] Un caso di *successio in universum jus* che si potrebbe distinguere dalla *hereditas* era la classica *in jure cessio* dell'eredità stessa prima dell'adizione, ricordata da GAJO (*Inst.* II, 85; III, 35) e da ULPIANO (19, § 13, 14); istituto del quale una traccia rimane ne' digesti (fr. 4 § 28 *de doli except.* 44, 4). L'erede legittimo (salvo il *suus*) poteva cedere l'eredità innanzi all'adizione: e allora, dice Gajo, *proinde fit heres is cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset.* Ora egli è evidente

6. Ma l'argomento più interessante è l'analisi della struttura formale dell'*hereditas* in diritto romano. La funzione attuale di un istituto risponde male della origine di questo. La sua struttura anatomica è sempre una guida più sicura, giacchè se dessa in luogo di corrispondere tanto perfettamente alla funzione da combaciare pienamente, da confondersi con questa in un concetto unico, serba un solo elemento, un solo principio che non abbia che fare con lo scopo attuale dell'istituto, siamo costretti a dedurne che l'istituto deve un tempo aver servito ad altro scopo. Vediamo dunque: la successione ereditaria, che ora ha per iscopo un trapasso patrimoniale a causa di morte, conserverebbe nel diritto storico di Roma elementi e principî repugnanti o per lo meno affatto estranei a questa nuova funzione, e invece affatto coerenti a quella ch'era, secondo il nostro avviso, la sua primitiva funzione, cioè il trapasso della sovranità?

Ora l'organismo della *hereditas* è pur sempre costruito nel diritto romano in forma adatta per tutti i riguardi al trapasso della potestà sovrana e affatto rispondente nella realtà al modo nel quale il trapasso della potestà sovrana s'opera in tutti i tempi e in tutti i luoghi; non adatta invece al trapasso patrimoniale nè consono al modo con cui s'opera questo.

Un indizio grave, benchè esteriore, già si ricava dal consi-

che questo caso è per lo meno tutt'altro che contraddittorio colla nostra tesi: perchè l'erede *ab intestato* prima dell'adizione non poteva trasmettere se non un diritto personale, la chiamata o delazione, e l'acquirente veniva a subentrare in questa e in conseguenza ad acquistare tutto il patrimonio come un erede. Il che riesce poi luminosamente dimostrato dal confronto colle conseguenze della cessione dell'eredità dopo l'adizione.

Si comprende poi facilmente come avvenga che una siffatta cessione non fosse possibile per l'*heres suus* nè per l'erede testamentario; perchè il primo acquista il patrimonio senza bisogno di adizione e l'altro, se non vuol saperne della successione, ha sempre il suo sostituto naturale nel-l'*heres ab intestato*.

derare gli istituti, ai quali quella struttura è comune nel diritto romano stesso, cioè quegli istituti, cui è congiunta una successione patrimoniale nella forma tipica, per la quale s'è oramai riserbato il termine di *successio in universum jus* o successione universale. Sono, come vedemmo, tutti istituti destinati non a operare un trapasso patrimoniale, bensì la costituzione della *manus* o *potestas* del *paterfamilias*.

Se non che la prova più evidente e materiale si ha ne' principî regolari e nelle conseguenze che s'osservano nel rapporto ereditario. Conservandosi, nonostante il mutamento della funzione sociale della *hereditas,* la stessa forma e quasi lo stesso spirito originario, tutte le conseguenze che ne discendono logicamente si conservano nel diritto storico di Roma e in larga parte anche nel diritto giustinianeo. Ora ciascuno di questi principî caratteristici, mentre è sempre coerente e rispondente ovunque alla primitiva funzione, è d'ordinario estraneo alla patrimonialità, spesso anche repugnante; e se nondimeno tutti si conservano, ciò avviene perchè la reazione del nuovo scopo, anche non essendo pervenuta a eliminarli totalmente dalla successione ereditaria — al che d'ordinario non si è in effetto pervenuti se non nella evoluzione moderna de' principî romani — ne ha via via esaurito la sostanza, conforme al genio del popolo romano, mediante la introduzione di una infinità di diritti singolari e di nuovi istituti.

Esaminiamo queste regole, tratteggiandone brevemente la natura e la storia.

I. « L'erede succede nella *bona* o *mala fides* del defunto (relativamente al possesso), succede ne' debiti e ne risponde anche oltre l'ammontare del patrimonio ereditario (*hereditas damnosa*) ».

La successione nella *bona* o *mala fides* non avviene in nessun vero trapasso patrimoniale, e non è niente affatto più naturale che avvenga nella *hereditas* ridotta alla mera funzione patrimoniale.

Ma e i debiti stessi sono un elemento patrimoniale? *Fuori dell'eredità,* i romani intendono come patrimonio (*bona*) solamente il patrimonio netto, ciò che resta dedotti i debiti, insomma il patrimonio nel concetto usuale, naturale, vero. [1] A ragione pertanto un valente scrittore, il BIRKMEYER, vivamente opponendosi all'opinione dominante, sostiene che nelle nostre fonti i *bona* comprendono soltanto l'attivo del patrimonio e i debiti son concepiti non come elemento, ma come onere del patrimonio. [2]

Solamente quando si parla di *bona* nel diritto ereditario vi si debbono comprendere anche i debiti. [3] Ma se non fosse la sconoscenza della vera natura del diritto ereditario, nè il PERNICE, [4] nè il BRINZ [5] o altri avrebbero pensato di opporsi al Birkmeyer o piuttosto la teoria del Birkmeyer non avrebbe avuto bisogno di nascere. Il WINDSCHEID stesso, pur seguendo l'opinione dominante e ritenendo un doppio concetto del patrimonio, riconosce come si debba « ammettere che il senso abituale della parola *bona* nelle fonti non è che ne' *bona* sieno compresi i debiti »; e dalle giuste osservazioni del Birkmeyer è stato tratto a ritirare la sua sforzata e artificiosa interpretazione della legge 49 D. *De V. S.* 50, 16, ch'ei riferiva al doppio concetto del patrimonio, nel senso giusto e nel senso dell'opinione dominante. [6]

La miglior prova del resto che il gravame dei debiti oltre

[1] Fr. 39 § 1 D. *De V. S.* 50, 16: « Bona intelliguntur cuiusque, *quae deducto aere alieno supersunt* ». Analogamente: Fr. 83 *ibid.*; Fr. 50 § 10 *De jud.* 5, 1.

[2] *Ueber das Vermögen im jur. Sinne,* 1879, specialmente pp. 199 sgg.; pp. 328 sgg.

[3] Fr. 1-3 D. *De b. p.* 37, 1.

[4] Nella *Münchener Viertelj.* vol. XXII, pp. 232 sgg.

[5] *Pand.* vol. III, § 357, in fine e n. 9 (p. 5).

[6] *Pand.* vol. I, § 42, nota 3.

l'ammontare del patrimonio ereditario non ha niente che fare colla patrimonialità, insomma col nuovo scopo della successione ereditaria, si ha pur sempre in questo che nel corso del diritto romano essa venne in parte mitigato, in parte scalzato o da benevoli istituti di carattere generale o da una quantità d'istituti di diritto singolare nel campo della *hereditas;* dapprima le restituzioni in intiero, il *beneficium abstinendi* per l'*heres suus et necessarius,* il *beneficium separationis* per lo schiavo *heres necessarius* e il *jus deliberandi;* appresso la deroga assoluta sancita da Gordiano pei militari, che era poi la sanzione generale di un beneficio speciale concesso dall'imperatore Adriano; finalmente nel diritto giustinianeo il *beneficium inventarii,* creazione tanto equa e tanto nobile, come dichiara vantandosi Giustiniano, il quale tratta con vero amore questo istituto, disciplinandolo con grande studio e cercando quasi d'imporlo a tutti gli eredi. [1] Che se questo principio non è stato, come gli altri che vedremo, eliminato in tutto dal diritto moderno, se il beneficio d'inventario ha tuttavia l'apparenza di diritto singolare, ciò deriva dal fatto che il principio in sostanza è una mera idealità, rispettato perchè non serve a niente, mentre d'altra parte non sopravviveva un altro principio che desse l'illusione di conservar la pura tradizione dell'*hereditas* romana, distinguendola dai legati. Ma quando il principio dovrebbe produrre le sue speciali conseguenze, allora non so chi pensi di fargliele produrre, se non colui che ne farebbe senza; certo non vi pensa sul serio il legislatore, che adopera ogni più scrupolosa cautela ad evitarle ne' casi pericolosi, imponendo, ad esempio, che «le eredità devolute ai minori ed agli interdetti non si possano validamente accettare se non col beneficio d'inventario» (art. 930 Cod. civ. it.), che «se tra più eredi taluno

[1] Si confronti la lunga costituzione di Giustiniano 22 Cod. *De j. del.* 6, 30.

vuole accettare l'eredità col beneficio d'inventario ed altri senza, l'eredità deve essere accettata col detto beneficio »; e in questo caso basta che un solo faccia la dichiarazione (art. 958 Cod. civ. it.), ed infine che « l'erede può valersi del beneficio d'inventario, nonostante qualunque divieto del testatore » (art. 956 Cod. civ. it.). Con ciò qual è il principio pratico e veramente normale?

Ma se il principio romano non è confacente alla patrimonialità, nè si trova congiunto ai trapassi patrimoniali salvo nella eredità, è perfettamente adatto e rispondente al trapasso della sovranità dovunque. La sovranità non è un rapporto temporaneo e individuale, ma un rapporto perpetuo e un rapporto sociale, vale a dire destinato — quando non si corrompa — a scopi estranei al subbietto che n'è investito, il quale non n'è che il momentaneo depositario. *Rex propter regnum, non regnum propter regem.* Pertanto il successore, poichè non avviene che derivi il diritto dal suo predecessore e lo converta in diritto suo, ma subentra nel posto del suo predecessore, continua la carica o la missione pubblica, è naturale che sia pienamente obbligato alla pari del suo predecessore all'osservanza dei patti stretti da costui come rappresentante del corpo sociale. [1]

II. « È possibile una *hereditas sine ullo corpore* ».

Vestigio evidente di una successione, nella quale il trapasso patrimoniale non era lo scopo fondamentale, non costituiva la funzione della *hereditas*. Son noti in proposito gli strani e lunghi

[1] Si vegga la schietta espressione del principio in uno de' nostri vecchi: Baldus in *Consil.* I *Cons.* 27: « Imperator mori non potest (cfr. gli aforismi costituzionali: *il re non muore mai, il re è immortale*), sed ipsa dignitas, officium imperatoris est immortale: *quae faciunt itaque reges nomine non suo, sed regni, idest gentis suae, illa obligant gentem et principem ejus successorem* ».

sforzi, con cui attraverso la legge *Furia* (a. u. 571) e *Voconia* (a. u. 585) si giunse al principio per noi così naturale della *Falcidia* (a. 714) che l'erede debba pure aver qualcosa; principio, che non doveva essere niente affatto così semplice e naturale nel pensiero romano genuino. Inutile osservare come per noi moderni l'antico principio non sarebbe nemmeno concepibile, perchè eredità e legato sono istituzioni egualmente patrimoniali, nè l'una o l'altra possono aver esistenza, se patrimonio non v'è affatto; ond'è che, mancando la lotta tra una istituzione patrimoniale ed una che non è tale nella sua genuina natura, ma aspira a diventar tale, non c'è da garentir questa contro quella, nè si ha punto a parlare di *quarta Falcidia*. Anche per diritto romano la *quarta Falcidia* era esclusa dal testamento militare.

III. « È necessaria invece nel testamento una istituzione d'erede — *caput et fundamentum totius testamenti* — e siffatta istituzione doveva già essere solenne, con parole imperative e dirette all'erede, in lingua latina e in principio al testamento, perchè i testamenti, dicono a una voce i giureconsulti romani, *vim ex heredis institutione capiunt* ».

Codesta regola che debba esser designato l'*heres*, che debba esser nominato in capo, e tutte le forme in cui doveva procedere la nomina, si comprendono molto bene colla primitiva funzione del testamento, nel quale la designazione del successore era veramente il fondamento, il tutto. Ma nella nuova funzione il principio stesso è una mera necessità formale — i moderni la dicono *forma interna* — e tutte le prescrizioni e le solennità che vi s'aggiungono sono un eccessivo formalismo, che si stenta a giustificare colla serietà e l'importanza dell'atto. E di questo apparato i romani si liberarono, ma ben tardi e passo passo. Accanto alla forma rigorosamente diretta « Titius heres *esto* » si cominciò coll'ammettere il comando indiretto « Titium he-

redem esse *jubeo* » forma già riconosciuta (*jam comprobata*) ai tempi di Gajo, [1] e da taluni anche le forme nè dirette nè imperative « Titium heredem *instituo* » o « *facio* » che però tanto ai tempi di Gajo quanto ai tempi di Ulpiano sono disapprovate dai più. [2] Invalida per tutti era l'istituzione « Titium heredem esse volo ». Il pieno affrancamento dall'osservanza di forme dirette e imperative fu decretato solo nell'anno 339 dall'imperatore Costanzo [3] e ribadito da Giustiniano. [4] La necessità di usare la lingua latina disparve con Teodosio. [5]

Alla prescrizione che l'erede debba essere nominato in capo al testamento e tutto ciò che precede non valga, si fece nel periodo classico solo una timida derogazione ammessa al tempo di Gajo dai Proculejani soltanto; [6] ma anche questa prescrizione fu tolta affatto da Giustiniano. [7] E già, infine, sin dall'età classica, tutte queste prescrizioni e queste solennità erano state rimesse ai militari.

Quanto al principio capitale che il testamento debba contenere una istituzione d'erede, sopravvive bensì nel diritto giustinianeo, ma sopravvive perchè accanto al testamento è sorto, già nel principio dell'età imperiale, l'istituto de' codicilli e poco di poi della clausola codicillare, che ne rende innocua l'applicazione. Nel diritto moderno la reazione dello scopo pa-

[1] Gajus, *Inst.*, II, 117.

[2] Gajus, *Inst.*, II, 117; Ulpianus, XXI.

[3] C. 15 Cod. *De testam.* 6, 23 (costituzione a torto attribuita dai compilatori a Costantino): « Quoniam indignum est *ob inanem observationem* irritos fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit, ademptis his, quorum *imaginarius usus est* », ecc.

[4] C. 26 Cod. *De testam.* 6, 23.

[5] C. 21 Cod. *De testam.* 6, 23.

[6] Gajus, *Inst.*, II, 231.

[7] Coi soliti complimenti per quello che appariva oramai come un vizioso formalismo dell'antico diritto. Cfr. § 34 Inst. *de leg.* II, 20; c. 24 Cod. *De testam.* 6, 23.

trimoniale ha infine pienamente eliminato dalla successione ereditaria ogni vestigio di quel principio.

IV. « Non si può istituire erede in una cosa certa e determinata ».

Altro evidente argomento di una costruzione preordinata ad altro scopo fondamentale che non l'odierno, ed appunto a tale scopo in cui la qualità di successore, non il patrimonio era il momento essenziale. Ed è inutile riandare tutta la teoria dell'*institutus ex re certa* e gli artifizi cui s'ebbe ricorso per far avere all'istituito la *res certa* e quella sola nei casi in cui si possa inferire la volontà del testatore. Il testamento ci mantiene in piedi, perchè l'istituzione d'erede, questo elemento puramente formale, ma che pure costituisce ancora l'essenza dell'*hereditas,* non manca; ma il nuovo scopo pratico e sostanziale del testamento, la volontà del defunto in ordine al patrimonio anela ad imporsi e si attua, svolgendosi a furia di stenti e di sforzi dalle strettoie dell'antico diritto. Ed anche qui v'avea la solita deroga assoluta pel testamento militare: ritorno costante che avrebbe meritato un poco più di pensiero.

Nel diritto nostro non si ha veruna di quelle difficoltà in cui si dibattevano i giureconsulti romani. Ancor dura la distinzione tra erede e legatario per quell'ombra di rappresentanza conservata all'erede; ma poichè l'istituzione d'erede non è più un requisito necessario alla validità del testamento (art. 759 Cod. civ. it.) e in pari tempo essa non è un titolo formale di un diritto staccato dal patrimonio, ma è invece una particolarità del rapporto patrimoniale determinata dall'assegnazione dell'universalità o di una quota dei beni (art. 760 Cod. civ. it.), ne consegue che l'istituzione in una cosa certa e determinata è bene istituzione valida, ma l'istituito ha senz'altro la qualità di legatario.

V. « Il *suus* diviene immediatamente e necessariamente erede, l'*extraneus* deve adire la successione ».

Anche questi principî sono affatto consoni alla trasmissione della sovranità. Quando il sovrano è designato naturalmente — e il solo erede naturale era in origine il *suus*, poichè gli *agnati* e *gentiles*, abbiamo detto, non erano *heredes*, ma riassorbivano la *familia* — non v'è nemmeno una materiale interruzione. Così nei paesi retti a monarchia: il re è morto, viva il re. Pei sovrani elettivi c'è invece bisogno di un'accettazione tacita o espressa. [1]

Ma per quel che concerne l'*hereditas*, quando essa divenne schiettamente patrimoniale, da un lato la posizione dell'*heres suus et necessarius* ebbe ad esser garentita contro le conseguenze troppo gravi mediante la concessione del *jus abstinendi*, dall'altro lato le *transmissiones* della delazione via via cresciute sino a diventare la regola rimediarono le conseguenze altrettanto gravi della netta separazione tra la delazione e l'adizione.

Nel diritto nostro l'acquisto dell'eredità è ordinato in modo profondamente diverso. Il possesso de' beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede senza bisogno di materiale apprensione (art. 925 Cod. civ. it.) e l'accettazione non fa che consolidare definitivamente il diritto dell'erede. Però la confusione di tradizioni germaniche e tradizioni romane turba la teoria. Si dice che l'ordinamento moderno è ispirato al principio germanico: *mortuus impossessat vivum;* si dice che si è generalizzato il principio che valeva in diritto romano per l'*heres suus*. A ogni modo, dal momento che l'erede istituito, se muore senza avere accettato l'eredità, trasmette ai suoi eredi il diritto di accettarla (art. 939 Cod. civ. it.), l'ordinamento viene a corrispondere in sostanza all'acquisto de' legati; e la delazione ha l'effetto del *dies cedens*.

[1] Il Bluntschli la chiama precisamente *adizione*. Cfr. *Droit public général,* Paris, 1881, p. 106. Nelle monarchie costituzionali talora il giuramento vale come adizione. Così nel Belgio.

***

VI. « Un testamento anteriore è revocato *ipso facto* e annientato interamente da un testamento posteriore valido ».

Anche questa regola assoluta ha la sua ragione d'essere nella prima funzione dell'*hereditas* e del testamento. L'essenziale è la designazione del successore; quindi la nuova designazione, fosse pure la ripetizione dell'antica, necessariamente annulla questa. Ma si concilia davvero col nuovo scopo della successione ereditaria? Non sarebbe forse più ragionevole, visto ch'è possibile disporre a più riprese del patrimonio, in una infinità di atti che si annullassero le disposizioni patrimoniali dell'antico testamento veramente incompatibili col nuovo, cioè quelle in cui si manifestasse la contraria intenzione del testatore? che almeno il testatore possa dichiarare ch'egli non intende annullare il primo testamento? Checchè si voglia pensare in astratto, certo anche la regola enunciata non ebbe destino migliore delle precedenti. Già per uno o altro caso speciale gl'imperatori, mossi dall'iniquità evidente del risultato, intervennero per pronunziare il rispetto alla volontà del defunto, recedendo dalla logica del principio; [1] ma una mitigazione più generale venne a introdursi, aiutandosi colla istituzione dei fidecommessi. Se nel testamento posteriore il defunto aveva dichiarato di mantenere il primo testamento, questo dovea valere come istituzione fidecommissaria. [2]

Ne' testamenti militari infine si derogò senz'altro al principio nel modo suespresso, cioè che il nuovo testamento annullava l'antico solo quando il militare avesse espresso tale intenzione. [3] Ed anche su questo punto il testamento nostro concorda col testamento militare: secondo il Codice civile italiano

[1] Cfr. Fr. 92 D. *De her. inst.* 28, 5.

[2] Fr. 12 § 1 D. *De iniusto rupto* 28, 3.

[3] « *Militi licet plura testamenta facere* », Fr. 19 pr., Fr. 36 D. *De test. mil.* 29, 1.

« il testamento posteriore che non revoca in modo espresso i precedenti, annulla in questi soltanto le disposizioni che si trovassero contrarie alle nuove o incompatibili con esse » (art. 920).

VII. « Se più eredi sono designati e l'uno o l'altro viene a mancare, la porzione del patrimonio ereditario che resta vacante accresce *ipso jure* ai coeredi, *anche quando trattisi di eredi testamentari istituiti per parti determinate* (diritto di accrescimento) ».

Col nostro concetto anche il diritto di accrescimento non solo si comprende, ma riceve una spiegazione più logica e piena. Nel caso notato non si dava ragione del diritto di accrescimento, se non richiamandosi alla massima in questione: *Nemo pro parte testatus* ecc.; con che è evidente che al più si conseguiva il risultato di spostare il problema, e spostarlo malamente, riducendolo a più angusti termini, giacchè i due principî sono bensì per vero intimamente collegati, ma è troppo più ragionevole pensare a un rapporto di coordinazione che non a un rapporto di subordinazione.

Per noi non c'è, al solito, che rievocare l'antica funzione, cui la struttura è sempre conforme. L'essenza dell'*hereditas* non è la disposizione del patrimonio, sia pure attribuendo al successore la veste di rappresentante, ma la nomina di uno o più *heredes,* benchè l'*heres* oramai non possa che raccogliere il patrimonio. L'acquisto del patrimonio, del quale il defunto non abbia disposto altrimenti, cioè per legato, è una mera conseguenza, ma una conseguenza necessaria, e la distribuzione delle parti non fa che regolarne la proporzione. Se pertanto uno degli eredi viene a mancare, gli altri non subentrano nella sua qualità, perchè l'hanno già di per sè e sempre in conseguenza di questa han diritto alla quota vacante, serbando, quando siano più d'uno, le stesse proporzioni. Ma i pretesi eredi *ab intestato* non sono punto eredi, nè son diventati tali pel fatto che una

quota è vacante, giacchè il titolo di *heres* è indipendente dal patrimonio: quindi non potrebbero aver nulla ora, per la stessa ragione che non potevano aver nulla in principio.

Ma è questo conforme al nuovo scopo della successione, è conforme alla volontà del testatore, che assegnò parti determinate a ciascun erede, che può averne assegnato una infinitesima al solo che rimane? No, davvero: il diritto di accrescimento romano, checchè si dica, non ha niente che fare colla presunta volontà del testatore. Anche qui il testamento militare, in ordine al quale il diritto di accrescimento non ha luogo, se non quando il testatore l'abbia voluto, nel quale insomma esso diventa tutt'altra cosa, è una prova palpabile della niuna consistenza di quella ipotesi e della incongruità del diritto di accrescimento collo spirito nuovo della successione. Ed anche nella nostra legge, come nel testamento militare romano, il diritto di accrescimento è tutt'altra cosa: esso non ha luogo fra i coeredi, se non quando in uno stesso testamento e con una sola e stessa disposizione siano stati congiuntamente chiamati, senza che il testatore abbia fatta tra essi distribuzione di parti (art. 880 Cod. civ. it.).

VIII. « Finchè v'è un *heres ex testamento* (vale a dire in base alla designazione del cessato *paterfamilias*) non si chiama che sarebbe l'*heres ab intestato: Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas ab intestato non defertur* ».

Questa massima conviene intenderla in armonia con tutto l'organismo del diritto ereditario romano, ed allora serba il suo vero significato, un significato pieno ed assoluto, e conquista una tale estesa applicazione da ricomprendere in sè la nostra regola: *Nemo pro parte* ecc. L'erede, non dimentichiamolo, doveva succedere al defunto come sovrano della *familia*. Ora può ben esservi una sovranità collegiale come nelle magistrature romane, o una sovranità collettiva; ma quando il so-

vrano è designato in un modo, allora è assurdo o almeno può sembrare assurdo che se n'abbia contemporaneamente un altro designato in un altro modo. Sarebbe lo stesso che nello Stato vi fossero contemporaneamente a governarlo con pari autorità un monarca ereditario e un presidente elettivo. L'incompatibilità deriva dalle tante ragioni che richieggono uno spirito concorde e uguale nell'organismo del governo, concordia e uguaglianza ch'è per troppo evidenti motivi, a lungo andare, impossibile, quando due autorità, che dovrebbero esercitare la stessa somma di poteri, hanno origine e titolo diverso. Considerando adunque la primitiva funzione del testamento, si può ben parlare, come fa Pomponio, di una *naturalis pugna* tra le due successioni e si può fors'anche ripetere in proposito il ciceroniano: *Nec unquam factum est.* [1]

Quando adunque il nuovo capo della *familia* era designato dal predecessore, la designazione naturale rimaneva senz'altro esclusa. Che se anche si potesse dubitare un momento della forza assoluta dell'argomentazione astratta, se si riuscisse a pescare qualche esempio di governi, in cui più persone investite veramente della stessa potestà sovrana sien designate in modo diverso — certo negli uffizi minori, per quanto rara, la cosa non è stranissima — a ogni modo la massima enunciata in capo mostra che la *familia* romana anche in questo non si allontanava dal principio più naturale in ordine al trapasso della sovranità.

[1] Volendo notare un riscontro, che ha sembianza di paradosso, si può ricordare che il sistema monarchico-costituzionale è, secondo qualcuno, condannabile appunto per l'*assurdo logico,* come si dice, di due sovranità diverse nel principio di designazione; il che non so quanto sia e, dato pure che sotto un certo aspetto l'antitesi esista, non sia piuttosto sotto quell'aspetto niente affatto una cosa illogica, dal momento che l'antitesi non degenera di necessità in una *civilis pugna,* che sarebbe il vero argomento e la sanzione storica di una *naturalis pugna.*

Ora la regola *Nemo pro parte testatus* ecc. non è che la conseguenza di questo principio, inteso come deve essere inteso, come le parole esprimono, come vuole lo spirito del diritto romano. Essa è mera conseguenza del principio, ma è puranco la conseguenza più importante, più caratteristica e, se si vuole, la forma concreta e pratica di esprimere il principio; e perciò appunto la forma preferita e ripetuta dai giureconsulti romani nelle particolari applicazioni. Gli altri effetti non sono che pure banalità, chiarissime anche in base ai principî generali del diritto. La vera portata adunque del principio: *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas ab intestato non defertur,* [1] è nella nostra regola: *Nemo pro parte testatus* ecc.: perchè si chiamerebbero altre persone che non sono nè eredi nè legatari a raccogliere parte del patrimonio, qualora il testatore non l'abbia assegnato tutto all'*heres* istituito? Il testamento è la designazione del nuovo capo della *familia* e l'un modo di designazione esclude l'altro. Il nuovo capo della *familia* subentra necessariamente in tutti i rapporti patrimoniali, perchè subentra nel potere generale, nella veste del suo predecessore. Se il testatore ha elargito qualche cosa mediante legati, l'erede, benissimo, non avrà questa parte del patrimonio, alla quale prima della sua accettazione altri ha già acquistato un diritto; ma se il testatore non ne ha disposto, nessun altro vi può aver diritto all'infuori di lui, anche se il defunto non gli avesse assegnato che una menoma parte. Se il defunto *paterfamilias* non gradiva questo risultato, non doveva designar lui come capo della *familia,* della quale abbandonava colla vita il governo.

Ma se la simultanea chiamata dell'erede testamentario e dell'erede *ab intestato* è o può riguardarsi come un assurdo nella

[1] Nel Digesto (Fr. 39 D. *De acq. vel om. her.* 29, 2) la massima è enunciata in generale senza veruna applicazione.

primitiva funzione dell'*hereditas* e del testamento, se dessa era a ogni modo esclusa certamente dalla *familia* romana, non è nè può dirsi parimente un assurdo, considerando la successione quale un trapasso patrimoniale. Non dovrebbe forse il successore testamentario ricevere quella parte de' beni, che il defunto gli ha veramente voluto assegnare e il successore *ab intestato* quella che rimane? Non è forse questa *la vera volontà* del defunto (e dire che persino un sommo romanista come il Jhering fu tratto a ricercare la ragione del principio in una interpretazione legale della volontà del defunto!) dal momento ch'egli non ha usato interamente del *jus dispositivum,* che la legge gli accorda in ordine ai beni? Ben a ragione adunque la regola *Nemo pro parte* ecc., già eliminata pienamente dal diritto romano, al solito, nella successione de' militari, dove appunto si ha riguardo alla vera volontà del defunto, tradita via via in una serie di altri casi, [1] frustrata dalla istituzione de' codicilli, è stata completamente abrogata nel diritto moderno (Cod. civ. it., art. 720 capov.); con che la massima generale: *Quamdiu potest* ecc., distrutto il suo valore caratteristico, ha perso ogni importanza ed è ridotta dalla stessa tradizione giuridica dei romanisti alla modesta posizione di un corollario evidente del

[1] Si può dire che questi casi eccezionali (diritto di accrescimento dell'*heres suus* preterito, vittoria parziale dell'*heres suus* in una *querela inofficiosi* diretta contro più eredi, ecc.), fuori della successione de' militari, non violano il principio, ma ne restringono la portata. Ciò è molto sottile dommaticamente, storicamente è falso. Del resto una reazione teorica contro questo principio — il quale in fondo come gli altri si reggeva soltanto, perchè a furia di eccezioni e di rimedi veniva ad avere una efficacia meramente formale — pare affacciarsi alla mente degli ultimi giureconsulti romani. Cfr. il fr. 15 D. *De inoff. test.* 5,2 di PAPINIANO (a proposito della lite esperita dal *suus* preterito contro più eredi e vinta contro l'uno, perduta contro l'altro): « credimus eum legitimum heredem *pro parte* esse factum; et ideo *pars hereditatis* in testamento remansit *nec absurdum videtur pro parte intestatum videri* ».

principio generale, che quando taluno non ha ancor ripudiato o mancato in qualunque modo di acquistare un diritto non si chiama chi potrebbe in quell'acquisto sostituirlo. [1]

7. I risultati cui siamo pervenuti circa l'origine dell'*hereditas* romana e circa il modo d'intendere non solo il nostro principio, ma tutti i principî caratteristici dell'*hereditas* romana,

[1] Ai principî dichiarati nel testo aggiungeremmo, se non temessimo, non diciamo di compromettere, ma di turbare inutilmente la nostra dimostrazione con argomenti più minuti e tali che potrebbero avere spiegazioni diverse, una infinità di altri principî particolari, che qua e là si riscontrano nella materia dell'*hereditas* classica e giustinianea o della più antica *hereditas;* pei quali si pretende, per amore o per forza, di trovare tante ragioni particolari e che n'hanno una sola, generalissima, regolare col nostro concetto.

Uno d'essi è il principio che il *filiusfamilias* non può far testamento. Questo principio, secondo il nostro modo di vedere, ci richiama pur esso alla funzione originaria del testamento: se il testamento costituiva una designazione nel successore nella sovranità della *familia* eseguita dal capo attuale, è naturalmente inconcepibile un testamento del *filiusfamilias* cioè di un soggetto. Ma ci si potrebbe rispondere, così a cuor leggero, che il *filiusfamilias* non può testare, perchè non ha patrimonio: che ciò è detto anche da Ulpiano (*Fragm.* XX, 10: « Filiusfamilias testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testare de eo possit) »; e tanto è vero che in ordine al peculio castrense egli può testare. A cuor leggero, dico: perchè in primo luogo è da ricordare che il *filiusfamilias* ha capacità giuridica, può obbligarsi e, col permesso del padre, può contrarre un mutuo valido, nonostante il senatoconsulto macedoniano, e può compiere non solo donazioni tra vivi, ma anche donazioni *mortis causa* (l. 7 § 4 *De donat.* 39, 5: « quamvis enim ex patris voluntate *mortis quoque causa* donare possit »), mentre nemmeno il permesso del padre potrebbe renderlo capace di far testamento (l. 6 *Qui test. fac. possunt* 28, 1: « Qui in potestate parentis est testamenti faciendi jus non habet, *adeo ut, quamvis pater ei permittat,* nihilomagis jure testari possit »). In secondo luogo la capacità di testare in ordine al peculio castrense è un privilegio militare.— Similmente l'antica incapacità di testare delle donne anche *sui juris.* Di ciò si dà una spiegazione soddisfacentissima in base alla forma degli antichi testamenti: *calatis comitiis* e *in procinctu;* e la si rinforza anche, a un bisogno, con osservazioni generali sulla condizione delle donne nell'antica età, con la gelosia degli agnati, ecc.

Appresso: l'intrasmissibilità della eredità deferita così ai terzi come agli eredi. Si suol dire che la delazione attribuisce un diritto *eminente-*

possono, a mio parere, aver gravi conseguenze pel concetto dommatico dell'*hereditas* romana nell'ultimo diritto e il suo posto nel sistema. Codesta indagine, la quale è tanto ingombra di formule incomprensibili e astruse, sarebbe di grande interesse dommatico non solo, ma potrebbe valere come riprova della nostra tesi. Se non che l'economia del nostro lavoro c'im-

*mente* personale. Spiegazione astratta, che tende al vero, se si vuole, e raggiungerebbe il nostro concetto generale. A ogni modo è un principio estraneo alla patrimonialità, e per quel che concerne la intrasmissibilità ai terzi nel diritto classico vi si derogò in parte coll'istituto della *in jure cessio hereditatis* prima dell'adizione. Quanto alla intrasmissibilità agli eredi è inutile ricordare tutte le figure eccezionali di *transmissiones*, create via via dai pretori e dagli imperatori (la *transmissio ex capite in integrum restitutionis*, che, logica da principio, poichè il diritto di chiedere la restituzione spetta così alla persona lesa come ai suoi successori, ottenne a poco a poco, per opera dei pretori, della giurisprudenza e degli imperatori, un'applicazione sempre più esorbitante, la *transmissio ex jure patrio* o *ex capite infantiae*, introdotta da Marco Aurelio e ampliata da Teodosio e Valentiniano, la *transmissio theodosiana* e la *transmissio justinianea*, che finiscono con annientare quasi nella pratica il principio). Appena merita d'esser ricordato che il principio dell'intrasmissibilità nel diritto nostro è interamente distrutto: il che d'altra parte si collega coll'altro rivolgimento che nel nostro diritto l'eredità si acquista in sostanza come i legati.

E così non dubito di richiamare alla vitale funzione del testamento primitivo ed alla netta separazione tra l'eredità e gli atti patrimoniali, il principio che nel testamento le condizioni impossibili e turpi non viziano l'atto, ma si hanno per non apposte: principio che ha dato tanto rovello agli studiosi del diritto e ch'è abolito da qualche legislazione, mantenuto nella francese e nella nostra, ma con fiere critiche da parte degli scrittori francesi. Parimente si può meglio comprendere col concetto svolto da noi l'impossibilità di apporre alla istituzione di erede una condizione risolutiva o un termine — *semel heres semper heres* — principio escluso dal Codice francese, ripristinato nel nostro, evidentemente per la stravagante paura de' fedecommessi — la funzione speciale dell'eredità giacente in diritto romano, fors'anche l'antico divieto di istituire le persone incerte e per conseguenza i non concepiti e le persone giuridiche — principio già tanto battuto in breccia dalla legislazione e dalla giurisprudenza e infine dallo stesso Giustiniano — le conseguenze rigorose, nell'antico diritto, del *testamentum destitutum* o *desertum* per la mancata adizione dell'erede, quasi ridotte a niente nel diritto giustinianeo e simili.

pone per ora di prescindere in modo assoluto da una tale ricerca.

8. Ed ora una domanda: l'argomento del diritto comparato giova a convalidare questi risultati? Sì, giova a riprovarli, a illuminarli, a completarli, ma solo quando tutti gli elementi della comparazione sieno rettamente intesi e studiati. Ma, nel caso nostro, perchè ciò non s'è fatto, il paragone del diritto comparato ha recato nella materia una messe di contraddizioni e una confusione indescrivibile. Si è voluto mettere a riscontro la successione romana dell'ultimo sviluppo, cioè la successione patrimoniale col diritto successorio de' Germani, de' Greci e degli Indiani. S'è trovato che la facoltà del capo-casa di disporre de' propri beni, secondo il suo gradimento, suol essere ne' popoli primitivi assai limitata: ch'essa compete in origine solo in ordine a certi beni; che solo a grado a grado e non senza contrasto assume un carattere alquanto più libero e generale: ch'essa infine ha nelle origini, presso popoli ancora rudi, la forma più semplice, quella che anche oggidì all'occhio di un profano deve comparire come la più naturale, cioè la trasmissione di determinati oggetti a un parente o a un amico in previsione della propria morte; in altri termini, essa è una donazione *mortis causa*. Se n'è concluso che anche il popolo romano deve essere partito dagli stessi principî: che quindi il testamento è posteriore alla successione *ab intestato* (anche i termini romani fanno a pugni coll'idea!) e dovette apparire in origine come una derogazione, una violazione anzi dell'ordine *legale* di successione: che la facoltà di testare del *paterfamilias* doveva in origine esser limitata e fors'anche ristretta a certi beni; e persino s'è preteso di sostenere che il testamento romano primitivo non doveva contenere che semplici disposizioni patrimoniali a titolo particolare; la *heredis institutio* non sarebbe necessaria (CUQ),

anzi nemmeno possibile (KUNTZE). Prescindiamo poi dalle mistiche fantasie sulla volontà individuale e la volontà sociale, dai mostruosi connubi del testamento romano coll'adozione. Tutto questo e altro s'è detto, contro le testimonianze più numerose e più certe nel campo del diritto romano, contro l'andamento della evoluzione, nello stesso campo più contrario a quelle ipotesi. Ma nel fare così buon mercato degli elementi e degli indizi specifici, che ne fornisce la storia del diritto romano, per seguire il diritto comparato, non s'è posto mente a una cosa: che il diritto successorio patrimoniale degli altri popoli ha bensì malauguratamente una rassomiglianza perfetta col diritto romano nell'ultimo sviluppo suo in quanto concerne la funzione, ma nel concetto e conseguentemente nelle regole nemmeno a quello somiglia. E questa dissomiglianza nei principî nasce dal fatto ch'esso deriva d'ordinario da un'altra corrente, che veramente ha carattere patrimoniale, ed è la seconda che noi abbiamo indicato, l'uso di disporre a causa di morte dei beni individuali. La parvenza esteriore delle cose anche nella nostra questione trae bene in inganno. Ma chi consideri che le cose sono in continuo movimento, che nelle cose come nelle parole è la legge del movimento, non già la pura somiglianza esteriore che giova a metterne in luce i nessi e le origini più remote, troverà piuttosto un testamento, per così dire, embrionale nell'antichissima designazione di Giacobbe fatta da Isacco, o di Giuda fatta da Giacobbe, o financo del troppo famoso Federico Barbarossa per parte di Corrado a detrimento del figliuol suo, che non nella originaria *mancipatio familiae* presso lo stesso popolo romano, prima che la giurisprudenza la mutasse in una forma, in cui gittare un vero testamento.

Sicchè presso i Greci o i Germani o anche gli Slavi e simili si rilevano bene gli stessi germi, ossia gli stessi gruppi e le stesse forme di successione sovrana, non prevalendo però

presso di loro la designazione del predecessore, bensì gli altri modi di designazione del sovrano; e successero anche in parte evoluzioni simili, per esempio le primogeniture, in cui col tempo finisce con risaltare, anzi sopravvivere soltanto l'elemento patrimoniale; ma di lì non nacque l'istituzione del testamento. L'eredità è cosa tutta romana; altri popoli non conobbero se non le istituzioni che la precedettero e dond'essa si svolse. Le istituzioni invece che si comparano al testamento e che veramente nel cozzo dell'elemento latino colle razze teutoniche si scambiarono col testamento, nacquero da un altro germe.

Ma questo germe che doveva esistere anche nella vita primitiva di Roma era forse rimasto senza frutto? Io non lo credo. Nel terreno fecondo del diritto romano era anch'esso cresciuto, ma il genio pratico e armonico de' Romani ne dovette innestare la pianta fiorita coll'istituzione del testamento. Così venne ad aggiungersi a questo l'appendice dei legati: e l'innesto servì straordinariamente ad esaltare il principio patrimoniale e mutare la natura del diritto successorio. L'erede testamentario a poco a poco s'impregnò, per così esprimermi, del succo patrimoniale del legatario: processo visibilissimo dai primi albori storici di questa complessa istituzione, quando le leggi *Furia, Voconia* e *Falcidia,* mirando ad assicurare all'erede i benefizi patrimoniali del legatario, oscurarono la primitiva figura dell'eredità, sino a' tempi a noi più vicini, allorchè, distrutti gli ultimi vestigi della primitiva funzione, ch'erano spesso, per modo di dire, sopravvissuti anche nel diritto giustinianeo, finalmente nel Codice tipo delle moderne razze latine anche il nome di erede testamentario disparve per cedere il luogo a quello di legatario universale. [1]

[1] Con ciò non si vuol negare che il legislatore francese abbia seguìto l'azione immediata di altre cause, che son quelle pure che hanno terminato di scalzare le ultime tracce non patrimoniali del testamento ro-

In conclusione: il risultato, cui ci ha condotti lo studio della massima *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus* ecc., è che il diritto successorio romano, per la parte che concerne l'*hereditas*, ha mutato nella sua funzione sociale; di trapasso della sovranità familiare diventò nel diritto storico il trapasso dei beni a causa di morte; ma per ciò che concerne i legati abbiamo veramente sin dall'origine assegni patrimoniali a causa di morte, che si fusero col testamento. Le due correnti donde può derivare il diritto successorio si riunirono abbastanza lungi dalla loro origine per costituire la grande fiumana del diritto successorio romano. E come le acque d'una grande fiumana si van colorendo via via non pure dal terreno che traversano, ma e dalle acque delle nuove correnti che vi si riversano, similmente lo spirito nuovo della successione nel diritto già svolto di Roma e nel diritto moderno, il carattere patrimoniale, che assunse via via, non nacque puramente e semplicemente dalle condizioni nuove del terreno sociale, ma altresì dallo scopo e dalla struttura assolutamente patrimoniale, anche nelle origini sue, dell'istituzione dei legati che vi s'aggiunse.

9. Nel corso di questo articolo m'è avvenuto più volte di ricordare le opinioni dominanti intorno all'origine e allo svolgimento del diritto successorio romano. Ma non credo di dovere occuparmi in modo speciale di ribatterle per le ragioni espresse, che nessuna ha base nel diritto romano, anzi tutte vi repugnano e l'analogia col diritto comparato è falsa. [1]

mano. Ciò che s'è accennato intorno alla diversa posizione del diritto successorio e degli istituti precedenti presso i Germani servirà a far intendere perchè il diritto germanico doveva necessariamente trasformare la successione testamentaria romana e deprimerla a profitto dell'intestata.

[1] Per le stesse ragioni io non credo nemmeno che vi sarebbe nessuna utilità, se io mi occupassi ora di riferire e criticare le numerose opinioni espresse per ispiegare la massima *Nemo pro parte testatus pro parte in-*

Ma non sarà male il rilevare come tutti i risultati particolari, cui mena uno studio serio delle fonti romane, non fanno che concorrere nelle nostre conclusioni e completarle. Ed a questo proposito con piacere io mi veggo tratto ad accogliere tutti i risultati particolari, cui perviene un illustre romanista italiano, il prof. Fadda, nella sua stupenda memoria sulla *Origine de' legati* pubblicata per l'VIII Centenario della Università di Bologna. Pare anche a me probabile che l'aggiunta de' legati al testamento romano sia stata fatta per la prima volta nel *testamentum per aes et libram,* come pensa il Fadda, [1] giacchè io ritengo che in sostanza prima del *testamentum per aes et libram* non mancassero, ma solo esistessero indipendenti dal testamento — *calatis comitiis* — come le solite donazioni a causa di di morte, che si trovano dovunque. Similmente reputo molto probabile che il principio delle XII Tavole *Uti legassit super pecunia* ecc., solamente ai legati sia da riferire, [2] poichè parmi

*testatus,* ecc. dal Haubold, dal Thibaut, dallo Zachariae, dal Dernburg, dal Gans, dal Rosshirt, dal Huschke, dal Lassalle citato, dal Köppen, che ne ha due, dal Jhering, che n'ha in sostanza parecchie, dal Cuq, dal Carle e altri ancora; perchè, oltre all'esser tutte quante o troppo grame o troppo astratte, non ve n'ha una sola che abbia la menoma base positiva negli elementi dommatici o in quelli storici del diritto successorio romano e d'altra parte non ve n'ha parimente una sola, oltre quella del mio maestro, nella quale io abbia riscontrato qualche cosa di simile alla mia, nè quindi mi corre l'obbligo di mostrare i germi e il progresso d'un pensiero. Ricordo solamente le parole con cui il Huschke a principio della sua lunga memoria in proposito (inserita nel *Rhein. Museum,* 1834, VI, p. 257-369) accennava la capitale importanza del principio per la piena intelligenza della successione romana e quasi malinconicamente confessava una cosa che fa molto pensare: « Può ben valere — esclama egli — come una delle prove più convincenti a mostrar quanto poco noi conosciamo, dopo tante fatiche, delle basi fondamentali del diritto romano, il fatto che finora non s'è riusciti a dare una spiegazione circa il significato e l'origine del principio cardinale del diritto ereditario romano, cioè la regola *Nemo pro parte,* ecc. »

[1] Fadda, op. cit., p. 166 e segg.

[2] Ivi, p. 199 e segg.

che il testamento nelle XII Tavole sia presupposto come la cosa più normale nel costume romano (*Si intestato moritur*) e indicato col suo proprio nome, mentre d'altra parte era questa fusione delle due istituzioni che occorreva regolare. Del tutto convincente mi sembra pure l'etimologia della denominazione *legatum* e *legare,* non già da *legem dicere,* bensì da *legare,* nel senso di ordinare, dar mandato, come il *legare* e la *legatio* del diritto pubblico, [1] perchè è questa la forma nella quale le donazioni a causa di morte dovettero congiungersi colla istituzione del testamento: ed infine che l'originario legato fosse quello *per vindicationem,* [2] perchè è questo legato che presenta la maggior indipendenza dall'eredità, cioè la fusione meno intima col testamento.

PIETRO BONFANTE.

[1] FADDA, op. cit., p. 216 e segg. Cfr. anche OVIDII *Tristia,* I, 2, 53:

Est aliquid fatoque suo ferroque cadentem
In solida moriens ponere corpus humo
Et *mandare* suis *aliqua* et sperare sepulcrum.

Lo stesso, *Tristia,* III, 3, 43:

*Nec mandata dabo?* nec cum clamore supremo
Labentes oculos condet amici manus?

[2] FADDA, op. cit., p. 175 e segg.; p. 218 e segg.